

прав на цінні папери, що перебувають у володінні посередника (далі – Конвенція). У статті надано детальне пояснення кожного питанню з переліку предмету, який зазначено в Конвенції, та зроблено акцент на практичному застосуванні відповідних положень. Ціллю статті також є наведення різниці між правами, які випливають із зарахування цінних паперів на рахунок та тих прав, які випливають з договору, тобто мають договірну природу і відповідно не включені в предмет Конвенції.

Ключові слова: право, що застосовується; колізійні норми; предмет Конвенції; юридична природа; рахунок у цінних паперах; договірні права та обов'язки; зарахування цінних паперів; списання цінних паперів; посередник; права на цінні папери.

Резюме

Стаття посвячена головним вопросам, которые входят в предмет регулирования Конвенции, которая применяется к определенным правам на ценные бумаги, которые находятся во владении посредника (далее – Конвенция). В статье представлено детальное объяснение каждому вопросу перечня и сделан акцент на практическое применение норм предмета Конвенции. Целью статьи является также проведения разграничения между правами, которые возникают с зачисления ценных бумаг на счет и тех, которые имеют сугубо договорную природу, то есть те, которые не входят в предмет Конвенции.

Ключевые слова: право, которое применяется; коллизионные нормы; предмет Конвенции; юридическая природа; счет в ценных бумагах; договорные права и обязанности; зачисление ценных бумаг на счет; списание ценных бумаг; посредник; права на ценные бумаги.

Summary

This article is devoted to the main aspects of the substantive scope of the Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary (hereinafter the «Convention») not in the general terms but by a comprehensive list of specific issues to which the Convention law applies. Thus, the Article enumerates all the issues falling within the scope of the Convention and covers the all issues that might have practical significance. We also have to understand from this Article the difference between the rights resulting from a credit of securities to the securities account and those dealing with purely contractual or other purely personal rights that outside the scope of the Convention.

Key words: applicable law, conflict of laws, subject of the Convention, legal nature, securities account, contractual rights and obligations, credit of securities, disposition of securities, intermediary, interest in securities.

Отримано 26.01.2011

О. С. ВАСИЛЕНКО

*Олександра Сергіївна Василенко, аспірант
Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ЕЛЕКТРОННА КОМЕРЦІЯ ЯК НАПРЯМ УНІФІКАЦІЇ В РАМКАХ ЮНСІТРАЛ

Проблема уніфікації правового регулювання міжнародної торгівлі є актуальною в сучасній науці. Відмінності в правовому регулюванні окремих питань міжнародної торгівлі різних держав перешкоджають розвитку міжнародної торгівлі. Усунення таких перешкод сприятиме пошквалюванню розвитку міжнародної торгівлі.

Уніфікацією окремих аспектів міжнародного приватного права займаються такі міжнародні організації, як Гаазька конференція з міжнародного приватного права, Комісія з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА), Міжнародна організація цивільної авіації (ІКАО), Міжнародна морська організація (ІМО), Міжнародна організація праці (МОП), Конференція ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКТАД) тощо. Створюючи ЮНСІТРАЛ, Генеральна Асамблея ООН розглядала його в якості інструмента, завдяки якому ООН відіграла б активну роль у скороченні чи усуненні таких перешкод. Згідно з наданим їй мандатом, ЮНСІТРАЛ покликана сприяти прогресивному узгодженню та уніфікації права міжнародної торгівлі.

У науковій літературі дослідженням окремих питань уніфікації міжнародної торгівлі присвячено праці таких науковців: А. С. Довгерта, М. М. Богуславського, Л. А. Лунца, Г. К. Матвєєва, О. В. Руденко, В. Попко, С. Теуш, Л. Варшалоїмідзе, А. Л. Маковського, І. О. Хлестової, Н. Г. Швидак, К. Шмітгоффа та інших.

Україна не бере участі у багатьох приватноправових конвенціях, прийнятих в рамках ЮНСІТРАЛ. Ряд прогресивних положень та досвід роботи ЮНСІТРАЛ залишаються поза увагою законодавця. Зважаючи на стрімкий технічний розвиток, інформатизацію суспільства, найцікавішими є дослідження ЮНСІТРАЛ у галузі електронної комерції.

Метою цього дослідження є проведення комплексного аналізу конвенцій ЮНСІТРАЛ, зокрема в галузі електронної комерції, визначення можливості їх застосування в Україні, враховуючи міжнародний досвід та національну специфіку.

Резолюцією ГА ООН 30 січня 1997 р. було прийнято Типовий закон «Про електронну торгівлю», що за-

клав правові основи діяльності в сфері електронної торгівлі. Зокрема запропоновано визначення електронного документа, електронного документообігу, електронного підпису, визнано юридичну і доказову силу за документами в електронній формі, вимоги до електронного підпису тощо¹. Згодом, у 2001 р. було прийнято Типовий закон про електронні підписи. Треба зазначити, що Україна, намагаючись підтримати такий процес, 22 травня 2003 р. прийняла Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг». Тоді ж прийнято і Закон України «Про електронний цифровий підпис»². Проте, хоч Україна і працює в напрямі вироблення норм, які регулювали б електронну комерцію, але національне законодавство потребує невідкладного вирішення таких питань, як: закріплення основ електронної комерції у законодавстві України, подальший розвиток правового регулювання електронної комерції з окремих її категорій у спеціальних законах, внесення відповідних змін до чинного законодавства, яке стосується питань електронного обміну даними, укладання угод в електронній формі тощо³.

У 2005 р. ЮНСІТРАЛ підготувала текст Конвенції ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах (далі – Конвенція)⁴. Ця Конвенція більшою мірою намагається привести законодавство у відповідність до потреб сучасного суспільного розвитку. Замість звернення до матеріально-правових питань, таких як матеріальний елемент оферти та акцепту, мета – прояснити або пристосувати традиційні правила укладення договору до реалій укладення електронних угод за допомогою Інтернету⁵. Конвенція характеризується як така, що ґрунтується на Типовому Законі «Про електронну торгівлю». Проте не всі матеріальні норми Типового Закону були перенесені до Конвенції. Конвенція не містить тих положень, які не були включені до національних законодавств. Важливо, що деякі нові положення спочатку з'явилися в національному законодавстві і ґрунтуються на типовому Законі, продовжуючи поєднання міжнародних та внутрішніх зусиль⁶.

Необхідність ухвалення такої Конвенції досліджував пан Джон Д. Грегорі, зауважуючи, що «конвенція зробіть внесок до арсеналу засобів для підвищення правової визначеності чи комерційної передбачуваності в електронних господарських транзакціях», а також наголошуючи, що «в деяких країнах, в яких конвенції мають переважну силу над законом, в державі, яка прийняла Типовий Закон про електронну торгівлю, може підлягати застосуванню Конвенція, яка не визнає електронну торгівлю»⁷.

Перевагою цієї Конвенції є те, що визнається юридична сила договорів, укладених за допомогою електронних повідомлень, а саме те, що повідомлення або договір «не можуть бути позбавлені дійсності або позовної сили на тій лише підставі, що вони складені у формі електронного повідомлення»⁸, причому поняття електронних повідомлень вводиться безпосередньо в шість раніше прийнятих конвенцій ООН, серед яких Конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів. Пан Джон Д. Грегорі визначає, що таке правило «встановлює функціональний еквівалент традиційним правовим нормам, що вимагають паперові примірники, таким чином інформаційні повідомлення можуть мати таку саму юридичну силу». Що стосується вимоги письмової форми, то вона вважається виконаною шляхом «надання електронного повідомлення, якщо інформація, яка в ньому міститься, є доступною для подальшого використання»⁹. У разі якщо договір має бути підписаний стороною, вимога законодавства вважається виконаною, якщо для ідентифікації та наміру сторони відносно інформації використано спосіб, який є надійним. З такою метою, як правило, використовується електронний цифровий підпис, суть якого полягає в посвідченні інформації, що становить загальну частину електронного документа, та в підтвердженні вірогідності і цілісності електронного документа¹⁰.

Конвенція має обмежену сферу застосування. Вона не застосовується до обігових та товаророзпорядчих документів, зважаючи на складність створення електронного еквіваленту паперових документів, для яких необхідна розробка особливих правил¹¹.

Ця Конвенція застосовується до міжнародних договорів, сторони (комерційні підприємства) яких розташовано в різних державах¹². Причому останнє має бути підтверджене відповідним положенням у самому договорі. Крім того, Конвенція не вимагає, щоб обидві держави, в яких розташовано комерційні підприємства сторін, були договірними державами, за умови, що ділові відносини сторін регулюються правом однієї із договірних держав. Конвенція дає визначення комерційного підприємства, яким не вважається місце, де розташовано устаткування, технічні засоби, що підтримують інформаційну систему, і та обставина, що яка-небудь сторона використовує доменне ім'я або адресу електронної пошти, пов'язані з якою-небудь конкретною країною, не створює сама по собі презумпції, що її комерційне підприємство розташовано в цій країні¹³. Отже немає необхідності реєструвати доменне ім'я за межами країни, в якій зареєстровано підприємство. Тому основними умовами застосування Конвенції до конкретних договірних стосунків є: розташування сторін у різних державах і постійний характер діяльності зазначеного в договорі підприємства. Що стосується місця перебування сторін, то тільки вказівка в самому договорі на місцезнаходження сторін може бути свідченням такого місцезнаходження. Метою такої норми було встановити презумпцію місцезнаходження, зазначеного стороною. У доповіді Робочої групи з електронної торгівлі роз'яснено, що така презумпція не має абсолютного характеру і не дозволяє сторонам зазначати фіктивне місцезнаходження, а розглядається в світлі поняття комерційного підприємства і виконує практичну функцію. Таку норму спрямовано на те, щоб кожного разу сторонам при зазначенні підприємства не доводилось проводити розслідування і визначати, яке з підприємств має найбільш тісний зв'язок¹⁴.

Конвенція пропонує підхід до регламентації часу і місця відправлення та отримання електронних повідомлень¹⁵. Конвенція також вводить поняття електронної оферти¹⁶ і дозволяє укладати договори з використанням автоматизованих систем повідомлень. Конвенція передбачає можливість сторін договору виключати за-

стосування Конвенції або змінювати його дію¹⁷.

Сьогодні проблема уніфікації правового регулювання міжнародної торгівлі широко досліджується в сучасній науковій зарубіжній доктрині. Пані Кейт Леннан, співробітник з юридичних питань ЮНСІТРАЛ, щодо майбутньої роботи ЮНСІТРАЛ у галузі електронної комерції висловлює такі міркування: «У контексті майбутньої роботи ЮНСІТРАЛ повторила свої переконання, що Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронні підписи та Конвенція про електронні договори є базою для сприяння держави електронній торгівлі, але треба зазначити, що вони стосуються лише певних питань, з якими стикатимуться держави, що бажають модернізувати своє законодавство в цій сфері»¹⁸.

Пані Кейт Леннан також зазначає, що у 2006 році ЮНСІТРАЛ розглянула записку, підготовлену її секретаріатом, що мала намір підготувати комплексний довідковий документ для надання допомоги законодавцям та особам, відповідальним за розробку політики, а саме у країнах, що розвиваються, створити сприятливі правові умови в сфері електронної торгівлі. Серед тем, які включені до цього документа, були такі: засвідчення вірогідності і транскордонне визнання електронних підписів; несправедлива конкуренція і шахрайська комерційна практика в електронній торгівлі; кіберзлочинність.

Так, у 2007 р. Секретаріат відповідно до прохання ЮНСІТРАЛ підготувала вибіркового розділ комплексного довідкового документа (A/CN.9/630 и Add.1-5) і представила його на розгляд ЮНСІТРАЛ на її 40-й сесії у 2007 р., який згодом опубліковано і містить дві частини: 1) електронні методи підписання і засвідчення вірогідності; 2) трансграничне використання методів підписання і засвідчення вірогідності.

Доктор Анна Фітцджеральд та пані Анналіза Моенс наводять принципи електронної торгівлі, зауважуючи, що такий перелік не є вичерпним: 1) рівність традиційних та електронних транзакцій, 2) створення довіри електронним транзакціям; 3) участь неурядових організацій у регулюванні електронної торгівлі та 4) відкритість джерел електронної торгівлі¹⁹. Розглядаючи перший принцип, автори наголошують на тому, що існуючі принципи можуть також бути застосовні до електронних транзакцій, електронних продуктів та діяльності он-лайн, виокремлюючи питання про створення і чинність електронних договорів, деякі питання інтелектуальної власності, регулювання діяльності он-лайн. Щодо другого принципу, то автори розглядають його у світлі законів щодо конфіденційності персональної інформації про учасників електронної торгівлі, захист споживачів та інтернет-злочинності.

Сьогодні Конвенція ще не набула чинності, оскільки необхідно отримати принаймні три ратифікаційні грамоти або документи про ухвалення, затвердження чи приєднання²⁰. Сьогодні 18 держав підписали Конвенцію, але не ратифікували її. Проте країни, які прийняли відповідне законодавство стосовно електронного цифрового підпису, можуть зробити переоцінку законодавства в світлі Конвенції²¹. Конвенція розвиває положення, закладені в розроблених раніше ЮНСІТРАЛ Типовому законі про електронну торгівлю і Типовому законі про електронні підписи.

Таким чином, урахувавши те, що сьогодні в Україні прийнято Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг», в якому дотримано функціонально-еквівалентний підхід до розуміння електронного документа, запропонований Типовим законом ЮНСІТРАЛ «Про електронну комерцію»²², а також Закон України «Про електронний цифровий підпис», можливість приєднання України до Конвенції є послідовним кроком до регулювання відносин у сфері електронної торгівлі. Двома аргументами на користь прийняття Конвенції країнами, які вже усунули перешкоди для здійснення електронної комерції є нижчевикладені. По-перше, участь у Конвенції сприятиме пристосуванню до договорів в електронній формі деяких інших конвенцій, учасницею якої може бути держава. По-друге, ратифікація сприятиме загальному прийняттю країнами, що більше потребують прийняття такої Конвенції, і навіть може пом'якшити відносини між сторонами, що приймають Конвенцію, хоча Конвенція не вимагає взаємності²³. Загалом Конвенція має прогресивний характер, спрямована на підвищення ефективності комерційної діяльності, відкриває нові можливості для віддалених один від одного сторін і ринків, створює уніфіковані правила для використання електронних повідомлень у міжнародних договорах, може бути базисом для розвитку міжнародного права і національного законодавства.

¹ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН N ООН А/51/628 від 16 грудня 1996 р. «Типовий закон про електронну торгівлю», прийнятий Комісією Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), і Керівництво з прийняття ООН № А/51/628 від 16.12.1996.

² Желіховський В. М. Правове регулювання електронної комерції: досвід окремих країн світу // Науково-практичний журнал. – 2004. – № 10. – С. 25–27.

³ Стахеева О. О. Електронна комерція у контексті укладання договору міжнародної купівлі-продажу товарів / Матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції «Соціум. Наука. Культура»: [Електронний ресурс]: <http://intkonf.org/staheeva-oo-elektronna-komertsiya-u-konteksti-ukladannya-dogovoru-mizhnarodnoyi-kupivli-prodazhu-tovariv/>

⁴ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, (A/60/515): [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

⁵ Fitzgerald, A. and A. Moens. Regulating electronic commerce: emerging principles for the regulation of internet transactions. In *Convergence of legal systems in the 21 st century: general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law (Brisbane, Australia, 14-20 July 2002)*. Brussels, Bruylant, 2006. p. 1566-1580.: [Електронний ресурс]: http://eprints.qut.edu.au/10659/1/eprint_BK_10659.pdf

⁶ Boss, A.H. The evolution of commercial law norms: lessons to be learned from electronic commerce. *Brooklyn journal of international law (Brooklyn, N.Y.)* 34:3:673-708, 2009: [Електронний ресурс]: <http://www.brooklaw.edu/~media/PDF/LawJournals/>

ВЛІ_PDF/bji_vol34iii.ashx

⁷ *Gregory, John D.* 2003. The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts, 59 Business Lawyer (November 2003) 313-343: [Електронний ресурс]: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gregory.html#29>

⁸ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, ст. 8: (A/60/515): [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

⁹ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, (A/60/515), ст. 9: [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

¹⁰ *Белая О. Б.* Форма международной коммерческой сделки, заключенной с помощью электронных средств связи. // Журнал международного права и международных отношений. – 2008 – № 1. – С. 20–25.

¹¹ Документ ООН. Пояснювальна записка Секретаріату ЮНСІТРАЛ до Конвенції ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах: [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

¹² Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, (A/60/515), ст. 1: [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

¹³ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, ст. 6 (A/60/515): [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

¹⁴ Документ ООН. Доповідь Робочої Групи з електронної торгівлі ЮНСІТРАЛ про роботу її 44-ої сесії 11–12 жовтня 2004 року (A/CN.9/571): [Електронний ресурс]: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/589/94/PDF/V0458994.pdf?OpenElement>

¹⁵ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, ст. 10: (A/60/515): [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

¹⁶ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, ст. 11: (A/60/515): [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

¹⁷ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, ст. 3: (A/60/515): [Електронний ресурс]: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

¹⁸ *Lannan K.* The year in review: the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) from 2004 to 2005. DeCITA; Buenos Aires 5-6:619-626, 2006.: [Електронний ресурс]: <http://asadip.wordpress.com/2008/03/24/the-year-in-review-the-work-of-the-united-nations-commission-on-international-trade-law-uncitral-from-2005-to-2006/c.4>

¹⁹ *Fitzgerald, A. and A. Moens.* Regulating electronic commerce: emerging principles for the regulation of internet transactions. In Convergence of legal systems in the 21 st century: general reports delivered at the XVth International Congress of Comparative Law (Brisbane, Australia, 14-20 July 2002). Brussels, Bruylant, 2006 p. 1566 – 1580. http://eprints.qut.edu.au/10659/1/eprint_BK_10659.pdf

²⁰ Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, ст. 23: (A/60/515): http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf

²¹ *Boss, A.H.* The evolution of commercial law norms: lessons to be learned from electronic commerce. Brooklyn journal of international law (Brooklyn, N.Y.) 34:3:673-708, 2009: [Електронний ресурс]: http://www.brooklaw.edu/~media/PDF/LawJournals/VLI_PDF/bji_vol34iii.ashx

²² *Желіховський В. М.* Правове регулювання електронної комерції: досвід окремих країн світу // Науково-практичний журнал. – 2004. – № 10. – С. 25–27.

²³ *Gregory, John D.* 2003. The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts, 59 Business Lawyer (November 2003) 313-343: [Електронний ресурс]: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gregory.html#29>

Резюме

Дослідження присвячено вивченню питань уніфікації міжнародного приватного права в рамках роботи ЮНСІТРАЛ у сфері електронної комерції, зокрема, аналізу конвенцій та інших документів ЮНСІТРАЛ у сфері електронної торгівлі, аналізу їх основних положень, ролі в процесі уніфікації та визначенню можливості їх застосування в Україні.

Ключові слова: електронна комерція, ЮНСІТРАЛ, уніфікація міжнародного приватного права, електронний підпис, електронне повідомлення.

Резюме

Исследование посвящено изучению вопросов унификации международного частного права в рамках ЮНСИТРАЛ в сфере электронной коммерции, в частности, анализу конвенций и других документов ЮНСИТРАЛ в сфере электронной торговли, анализу их основных положений, роли в процессе унификации и определению возможности их применения в Украине.

Ключевые слова: электронная коммерция, ЮНСИТРАЛ, унификация международного частного права, электронная подпись, электронное сообщение.

Summary

This research is devoted to the study of the issues of unification of private international law within the framework of UNCITRAL in the sphere of electronic commerce, analysis of the conventions and other instruments of UNCITRAL, consideration of general provisions thereof, their role in unification process and revealing the possibility of their application in Ukraine.

Key words: electronic commerce, UNCITRAL, unification of private international law, electronic signature, electronic communications.

Отримано 28.12.2010